

# Een enkele gedachte bij het thema van autoriteit en kwaliteit in het burgerlijk recht of de vergissing der XII tafelen

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1996). Een enkele gedachte bij het thema van autoriteit en kwaliteit in het burgerlijk recht of de vergissing der XII tafelen. *Recht en Kritiek*, 22, 395-406.

## Document status and date:

Published: 01/01/1996

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Document license:

Unspecified

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

*J.M. Smits*

## Een enkele gedachte bij het thema van autoriteit en kwaliteit in het burgerlijk recht of: de vergissing der XII Tafelen\*

‘Omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur’<sup>1</sup>

### 1. INLEIDING

Wolfgang Amadeus Mozart vond zijn einde in een naamloos graf en wordt thans *toch* door velen beschouwd als ‘s werelds grootste musicus, René Descartes stierf ver van alles wat hem bekend was in Zweden en geniet *desondanks* bekendheid als de vader van de moderne wijsbegeerte, Hugo de Groot ondervond tijdens zijn leven zoveel tegenwerking dat hij gedesillusionneerd stierf in het hem onbekende Rostock; zijn laatste woorden waren: ‘Veel heb ik ondernomen, niets volbracht’. *Maar* het voor hem opgerichte standbeeld op de Grote Markt te Delft is slechts één der zeer vele huldeblijken die hem na zijn dood te beurt zijn gevallen.

Waartoe deze voorbeelden? Waarom deze personen?

\*Deze bijdrage dankt veel aan discussies die ik omtrent haar thema mocht voeren op bijeenkomsten van de vakgroep Privaatrecht te Tilburg (8 december 1995) en van de Stichting Ius Civile te Leiden (25 januari 1996). Ik dank diegenen die met mij in discussie gingen.

<sup>1</sup>Constitutio Deo auctore 5.

Vanwaar de cursiveringen? Welnu: zij illustreren simpelweg dat verschil bestaat tussen de autoriteit die iemand heeft (in bovenstaande gevallen was die tijdens het leven van de genoemde personen in het algemeen *niet* groot) en de kwaliteit van zijn werk (in de vermelde gevallen thans algemeen beschouwd als *wel* groot<sup>2</sup>). Verrassend is dit natuurlijk niet: onbewust zijn we allen bekend met het verschil tussen autoriteit en kwaliteit. In het dagelijkse leven worden we er immers regelmatig mee geconfronteerd dat de status die een persoon of een orgaan heeft niet in overeenstemming is met de kwaliteit van het werk dat die persoon of dat orgaan levert, hetzij omdat dit achter blijft bij de verwachting, hetzij omdat dit juist boven verwachting is.

In de literaire kritiek wordt dit fenomeen van autoriteit en kwaliteit vaak toegelicht aan de hand van de gevierde schrijver die een zojuist gereedgekomen manuscript anoniem toezendt aan een aantal uitgevers, waaronder zijn eigen, en vervolgens nul op het rekest krijgt. Ook voor de wetenschap zijn soortgelijke onderzoeken wel gedaan. Zo verhaalt de Amerikaan Charles W. Collier van een experiment waarbij steeds één artikel uit twaalf verschillende toonaangevende wetenschappelijke tijdschriften over psychologie werd gehaald; alle artikelen hadden gemeen dat zij waren geschreven door vooraanstaande beoefenaren van het vakgebied. Vervolgens werden deze zelfde artikelen overgetypt en onder een fictieve, onbekende, naam en onder een andere titel opnieuw ingestuurd naar dezelfde tijdschriften. Op één na werden alle bijdragen nu geweigerd, merendeels wegens een verkeerde methodologie en een beweerdelijk onjuist gebruik van statistische gegevens.<sup>3</sup> Dat is een fraaie illustratie van het gezag dat men pleegt toe te kennen aan de naam van de auteur.

<sup>2</sup>Vgl. Jan & Annie Romein, Huig de Groot, in: Erflaters van onze beschaving, 13de dr., Amsterdam 1979, p. 256: 'dat alles in deze wereld op de een of andere wijze betaald moet worden, zodat ook niemand verwachten mag én gelukkig te zijn tijdens zijn leven én beroemd na zijn dood, maar óf het een óf het ander — of zelfs geen van beide (...)'.  
<sup>3</sup>Charles W. Collier, Intellectual Authority and Institutional Authority, Journal of Legal Education 42 (1992) p. 173.

In deze bijdrage wil ik de vraag aan de orde stellen of ook in het burgerlijk recht sprake is van een spanningsveld tussen autoriteit en kwaliteit. Men snijdt daarmee een vraag aan die nog weinig aandacht lijkt te hebben gekregen maar waarvan het stellen kan leiden tot een beter inzicht in de vraag naar de rechtsvinding en het karakter van de civiele rechtsbeoefening. Mijn opmerkingen dragen een preliminair karakter: ik stel de materie hier tentatief en weinig gestructureerd aan de orde in de hoop er later in een ander tijdschrift op terug te kunnen komen in een wat ander verband.<sup>4</sup>

## 2. DE (STAATRECHTELIJK) AUTORITAIRE VISIE

Op velerlei wijze speelt de autoriteit in het burgerlijk recht een rol. Het boven geschetste fenomeen was vooral betrokken op het gezag dat aan een individuele auteur toekomt, maar voor mijn betoog is het aangewezen nu eerst de zogenaamde staatsrechtelijke autoriteit onder de loupe te nemen: het gezag dat toekomt aan door wetgever of rechter opgestelde regels *alleen omdat* zij door deze organen zijn gegeven.

Zou men een niet juridisch geschoold iemand vragen wat hij onder recht verstaat, dan zal in zijn definitie waarschijnlijk voorkomen dat het gaat om regels die zijn gegeven door de wetgever of door de rechter en dat die regels vooral om die reden gelding hebben. Wanneer de wetgever of de hoogste rechter ons zegt dat de overeenkomst bindt indien dat door partijen is gewild,<sup>5</sup> dan hebben wij ons daaraan te houden, niet omdat deze regel de beste van alle mogelijke regels is, maar omdat de wetgever hem ons voorschrijft. En indien de Hoge Raad ons zegt dat de overeenkomst van koop en terughuur<sup>6</sup> niet wordt getroffen door het fiducia-verbod van

<sup>4</sup>Die andere bijdrage zal enerzijds algemener zijn omdat ik daarin het onderscheid tussen *substantive* en *formal reasoning* als uitgangspunt neem, anderzijds concreter omdat ik dat onderscheid onmiddellijk zal toepassen op een aantal brandende vragen van het privaatrecht.

<sup>5</sup>Vgl. art. 3:33 BW.

<sup>6</sup>Zoals de 'sale and lease back'-overeenkomst op het voetspoor van het Afrikaans in Nederland aangeduid zou moeten worden.

art. 3:84 lid 3 BW,<sup>7</sup> dan is *dat* ook recht. Natuurlijk: men kan deze regels bekritisieren, net zoals men het Nazi-recht kan bekritisieren maar tegelijkertijd kan aanvaarden dat het wel recht is omdat het nu eenmaal afkomstig is van de bevoegde autoriteiten.

Deze 'staatsrechtelijke autoriteit' lijkt nu in het burgerlijk recht nogal belangrijk te zijn. Op twee fenomenen moet in dat verband worden gewezen.<sup>8</sup> In de eerste plaats kan men er op wijzen dat bijna alle grote civielrechtelijke codificaties òf zijn gegeven door grote potentaten òf worden toegeschreven aan goden: blijkbaar moeten regels door het gezag van een machthebber worden geschraagd. God gaf de Tien Geboden aan Mozes op de Sinai, Apollo gaf de wetten van Sparta, Zeus gaf recht aan de Kretenzers. En Hammurabi en Solon waren grote veldheren, Justinianus heroverde Noord-Afrika, Italië en Zuid-Spanje en de verdiensten van Frederik de Grote en Napoleon behoeven hier niet te worden gememoreerd. En aan al deze codificatoren wordt toegeschreven dat zij niet in de eerste plaats wilden codificeren om een beste oplossing neer te leggen, maar dat zij integendeel vooral geïnteresseerd waren in het vinden van *een* (betrekkelijk willekeurige) oplossing: de rechtsvinder moest in staat worden gesteld snel een rechtszekere oplossing te kunnen vinden in een geheel van overzichtelijk weergegeven regels.

De totstandkoming van de Wet der XII Tafelen in de vierde eeuw voor Christus spreekt hier boekdelen. Deze kwam immers tot stand in een periode waarin de ondoorzichtigheid van het recht zo groot was geworden dat geen *plebejer* meer wist waar hij aan toe was. Alleen de patricische rechters konden uit de voeten in de wirwar van vele regels die – moeten we bij wijze van premisse aannemen – wel de mogelijkheid boden om een afgewogen oplossing te bereiken. Het comprimeren van de rechtsstof tot een zeer beperkt aantal regels zal de 'rechtszekerheid' en de snelheid van beslissen zeker hebben bevorderd; of ook van kwalitatief betere

<sup>7</sup>HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Keereweert/Sogelease).

<sup>8</sup>Die overigens slechts 'circumstantial evidence' opleveren.

oplossingen sprake was, mag worden betwijfeld.<sup>9</sup>

In de tweede plaats wordt hier gewezen op een symptoom van de autoritaire visie: bekend is dat tussen de rechtsopvatting in een bepaald land en de daar bestaande rechtsliteratuur vaak een nauw verband bestaat. In de Verenigde Staten van Amerika kende men in de negentiende eeuw de fraaie traditie van het 'treatise writing': men trachtte dikke handboeken te schrijven over bijvoorbeeld het contractenrecht in de hoop de kern van het rechtsgebied bloot te leggen en corresponderend met de gedachte dat men zo invloed kon uitoefenen op de rechtspraktijk. Men wenste een 'pipeline to the truth' te leggen.<sup>10</sup> Toen die ambitie te hoog gespannen bleek en het *legal realism* in zijn meest nihilistische variant belangrijker achtte wat het ontbijt van de rechter was geweest dan wat hij had gelezen, stapte men over op een veel minder pretentieuze wijze van wetenschapsbeoefening.

Bestaat een dergelijk verband in Nederland ook? Onlangs is in het WPNR<sup>11</sup> unaniem afkeuring uitgesproken over de huidige praktijk waarin de rechtsgeleerde literatuur zich vrijwel uitsluitend bezig houdt met becommentariëring van wetgeving en – vooral – rechtspraak. De rechtsliteratuur is daarmee in de eerste plaats een verlengstuk van de rechtspraktijk: auteurs denken als rechters en rechtvaardigen gemaakte keuzes zoals rechters zouden doen. Iets dergelijks is nogal uniek vergeleken bij andere wetenschappen: de bioloog hanteert niet dezelfde manier van denken als de slak wanneer hij de slak beschrijft; de natuurkundige en de atoombom zijn ook elk gericht op een verschillend doel en de literatuurcriticus probeert ook niet om een literair schrijver te worden en als hij dat wel probeert, dan staat zijn literaire activiteit naast datgene waar hij zich beroepshalve mee bezig houdt. In de VS spreekt men van een 'unity of discourse' tussen wetenschappers en praktijkjuristen.<sup>12</sup> Men is daar in Amerika bijzon-

<sup>9</sup>Men vgl. de vele Digesten-plaatsen waar wordt gesproken van de zuivering van het oude verwarde recht (zie bijv. ook de *Constitutio Deo auctore* 1).

<sup>10</sup>Zie voor deze fraaie uitdrukking Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge Mass. etc. [1995], p. 2.

<sup>11</sup>Themanummer De juridische literatuur in Nederland, WPNR 6207 (1996).

<sup>12</sup>Zie nader mijn bijdrage aan genoemd WPNR-nummer, p. 44 v.

der kritisch over,<sup>13</sup> maar waar het mij hier om gaat, is dat de huidige Nederlandse rechtsliteratuur typisch in deze 'positivistische' opvatting past. Dat hangt samen met een tijdgeest, die ook zijn weerslag heeft op bijvoorbeeld de samenstelling van vakgroepen burgerlijk recht en van redacties van tijdschriften.<sup>14</sup>

Zijn dit nog slechts aan de autoritaire visie verbonden fenomenen, de opvatting zelf komt bloot te liggen zodra men zich realiseert dat het burgerlijk recht doorgaans door de Staat als rechtsgebied aan zich is getrokken: de staatsorganen pretenderen het privaatrecht te kunnen reguleren. De beste illustratie van deze pretentie *van de wetgever* is wel de parlementaire behandeling van de zogenaamde 'vraagpunten' bij het nieuwe BW geweest: het parlement laten beslissen over bijvoorbeeld de vraag of het Nederlandse recht een actie uit ongerechtvaardigde verrijking moet kennen,<sup>15</sup> getuigt echter van weinig inzicht in de eigen aard van het burgerlijk recht. De indruk wekken alsof de justitiabelen de dupe zouden kunnen zijn van het niet bestaan van een dergelijke actie lijkt ronduit lachwekkend nu het privaatrecht altijd andere wegen kent om het gewenste resultaat te bewerkstelligen.

Dat de beslissingen *van rechters* waarde hebben om de enkele reden dat zij door hen zijn gegeven, is evenzeer een populaire gedachte. Posner stelt:<sup>16</sup>

'If you ask how we know that Venus exerts a gravitational pull on Mars, the answer is that the people who study these things agree it does. If you ask how we know that the Fourteenth Amendment forbids the states to prohibit certain

<sup>13</sup>Zie bijv. Charles W. Collier, *The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law*, Duke LJ 41 (1991), p. 271.

<sup>14</sup>*De auditu* is mij bekend dat in diverse vakgroepen privaatrecht in Nederland bij vacatures voor *wetenschappelijk* medewerkers *in beginsel* de voorkeur wordt gegeven aan juristen met een voltooide advocatuur-stage boven gepromoveerde juristen. Ook ken ik diverse gevallen waarin civielrechtelijke artikelen zonder directe waarde voor de praktijk (omdat de te bespreken vraag bijv. niet wordt opgehangen aan rechtspraak of (aanstaande) wetgeving) *om die reden* worden geweigerd. Ik constateer dit fenomeen hier slechts zonder daar een oordeel — wat ik wel heb — over uit te spreken.

<sup>15</sup>Zie het Vraagpunt 18.

<sup>16</sup>*The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass. etc. 1990, p. 83: 'To be blunt, the *ultimate ratio* of law is indeed force'.

abortions, the answer is that the people who have the political power to decide the issue — namely the Justices of the Supreme Court — have so determined by majority vote'.

Niet voor niets noemt Posner hier het voorbeeld van abortus: vragen die in het politiek-ethische debat tot een oplossing moeten worden gebracht dienen wel te worden onderscheiden van civielrechtelijke thema's. Bij de laatste kan worden geprofiteerd van de ervaring die in de loop der tijden is opgedaan ten aanzien van een rechtvaardige wijze van recht doen waar dat bij de eerste niet kan. Hiermee is niet gezegd dat het burgerlijk recht niet politiek geladen is: bij het kiezen van een bepaalde norm kunnen beleidsoverwegingen een grote rol spelen, maar de veelheid aan normen maakt dat tevens een vertaling van de beleidsdoelen in civielrechtelijke taal mogelijk is.

Men zal zich eerst bewust kunnen worden van alle consequenties van deze 'autoritaire' opvatting indien men er een andere tegenover plaatst. Dan zal ook blijken dat niet consequent wordt vastgehouden aan de autoritaire kijk op het privaatrecht, doch dat men zich daar doorgaans maar zeer ten dele van bewust is.

### 3. DE KWALITATIEVE VISIE

De zojuist gegeven visie op de Nederlandse situatie zal sommigen als een karikatuur zijn overgekomen. Is het rechtsfilosofisch immers niet zo dat wij al lang zijn afgestapt van positivistische theorieën over het recht? Dienen wij niet steeds een 'sprong' te maken van de feiten naar de normen? Hebben wij geen alternatieven in de vorm van bijvoorbeeld voor de rechtsvinding bepalende beginselen of zijn wij wellicht zelfs afgestapt van de pretentie dat eerder geformuleerde regels waarde hebben voor een nieuw te beslissen geval? Dit lijkt misschien zo te zijn, maar dan toch alleen op een meer algemeen niveau: natuurlijk erkennen wij de sprong van Scholten, natuurlijk weten we dat een pragmatische benadering of een benadering aan de hand van beginselen mogelijk is. Maar wordt dit inzicht ook doorge-



voerd op het niveau van de concrete rechtstoepassing?

Opgemerkt zij dat de theorieën die trachten de rechtsvinding niet vanuit het positivisme te benaderen maar vanuit een andere theorie zich zelden rekenschap geven van het eigen karakter van het burgerlijk recht. Zo tracht Dworkin zich bij het opstellen van een alternatief rekenschap te geven van de uitersten van enerzijds voorspelbaarheid, anderzijds flexibiliteit van het recht. Of dit voor het privaatrecht een gewenste benadering is, kan men betwijfelen. Aanvaarding van de sprong van Scholten betekent immers niets anders dan dat de voorspelbaarheid *an sich* geen rol spelen mag, geen zelfstandige factor mag zijn bij de rechtsvinding. Rechtzekerheid is hoogstens *een factor* die wordt meegewogen bij het kiezen van een bepaalde regel.

Wat is dat eigen karakter?<sup>17</sup> Het ligt in de lange ontwikkelingsgeschiedenis van het burgerlijk recht: bij wijze van premisse wil ik er van uitgaan dat in het privaatrecht in de loop der tijden steeds weer terugkerende problemen op verschillende wijzen zijn opgelost. Of reden bestaat een bindende overeenkomst aan te nemen, is een vraag die in de loop van de afgelopen tweeduizend jaar, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, reeds zoveel malen van een antwoord is voorzien dat men kan profiteren van de kennis die binnen het leerstuk der contractuele totstandkoming hieromtrent is opgebouwd.

Dit impliceert dan dat — meer dan bij andere rechtsgebieden het geval is — men in het privaatrecht niet afhankelijk is van een toevallige wetgever of rechter, maar kan terugvallen op *een traditie*. Wat een 'beste' oplossing is, kan daarin worden gevonden. De tegenover de autoritaire visie staande opvatting kan dan ook thans worden geformuleerd als die waarin een regel bindt omdat deze voor het gegeven geval de beste oplossing biedt. Uiteraard kan men dan nog twisten over de vraag welke oplossing de 'beste' is en kan men zelfs betwijfelen of het mogelijk is die te vinden, maar het *zoeken* ernaar verplicht de rechter tot een bepaalde houding:

<sup>17</sup>Zie hiertoe ook mijn Leids proefschrift Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, Arnhem 1995, p. 71 v.

nooit mag hij aannemen dat een regel enkel de juiste is omdat die afkomstig is van een met autoriteit bekleed orgaan. En dit betekent weer iets anders.

Het is namelijk mijn stellige overtuiging dat juist dankzij de aanwezigheid van een civiele traditie er niet werkelijk sprake kan zijn van een keuze tussen de 'autoritaire' en de 'kwalitatieve' visie. Nu de sprong van Scholten als juist moet worden erkend, is een *autoritaire* regelgeving door wetgever en Hoge Raad uitgesloten.<sup>18</sup> De door deze bevoegde organen gegeven regels kunnen slechts als een *eventueel* kwalitatief goede oplossing worden gezien; waarde als autoritaire uitspraak mogen zij niet hebben. Aldus kunnen de sprong van Scholten en de civielrechtelijke traditie niet zonder elkaar.<sup>19</sup>

Consequentie hiervan is dat zoveel mogelijk regels beschikbaar dienen te zijn voor de rechtsvinder. Welke van hen hij gaat kiezen is nooit zeker, want afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Denken in noties van codificatie — met de daarbij behorende uitsluiting van bepaalde argumenten ten gunste van andere — is dan uit den boze. Zo bezien is de knieval die is gemaakt voor de 'rechtszekerheid' — waarvan wij sinds Scholten (weer) weten dat deze *als zodanig* niet bestaat — door de invoering van de Wet der XII Tafelen onnodig geweest. En dit blijkt ook wanneer men de geschiedenis van deze illustere Romeinse codificatie verder beziet: de regels van interpretatie van de gecodificeerde regels bleven verborgen voor de burgers, met als gevolg dat een nieuw geheel van regels ontstond dat wederom slechts kenbaar was voor de juristen. De benaming van dat 'nieuwe', niet gecodificeerde, recht behoeft aan de lezers van dit tijdschrift natuurlijk niet te worden onthuld.<sup>20</sup>

Tegenover een op meer filosofisch niveau verkregen inzicht omtrent de (niet-)gebondenheid aan de regel staat dan

<sup>18</sup>Het 'institutionele uiterste' is de claim dat het recht voorspelbaar moet zijn. Zie Brandeis in *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, 285 US 393, 406 (1932), geciteerd bij Collier, o.c., p. 158: 'in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right'.

<sup>19</sup>Ik ben dan ook geneigd te denken dat Scholten zijn rechtsvindingstheorie nooit zou kunnen hebben ontwikkelen voor een ander rechtsgebied.

<sup>20</sup>Digesten 1,2,2,5.

ook de praktijk waarin niet zelden nog wordt geschermd met een term als 'rechtszekerheid' en waarin men *meent* gebonden te zijn aan een regel 'omdat die nu eenmaal vanwege de staat is gegeven'. Eén voorbeeld wil ik hier noemen. In november 1995<sup>21</sup> kreeg de Hoge Raad te oordelen over een geval van verjaring: ene mevrouw van B. had in 1956 tijdens een maagoperatie een bloedtransfusie gekregen met – naar later bleek – een verkeerde rhesusfactor. In 1959 en 1960 kreeg Van B. een miskraam en bovendien is zij haar verdere leven kinderloos gebleven. Pas in 1988 heeft Van B. er kennis van gekregen dat de oorzaak voor haar malaise de onjuiste bloedtransfusie is geweest. De door haar jegens het ziekenhuis ingestelde vordering wordt evenwel in drie instanties afgewezen nu een dergelijke vordering wordt beheerst door art. 2004 BW (oud) dat een verjaringstermijn van 30 jaar kent. Als het belangrijkste argument wordt de rechtszekerheid genoemd:

'Ongetwijfeld is het uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft *kunnen* maken wegens het voor hem verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een bepaalde gebeurtenis. Daar staat evenwel tegenover dat de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen – een vaste termijn eist en dat loslaten daarvan (...) eveneens tot onbillijkheid kan leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar' (curs. in orig.).

Dit was doorvoering van een lijn die de Hoge Raad sinds 1963 aanhoudt en een typisch staaltje van autoritair redeneren: omdat nu eenmaal de verjaringstermijn op 30 jaar is gesteld, kan daarvan niet worden afgeweken. Deze redenering ontkent evenwel dat achter de formele termijn inhoudelijke argumenten aanwezig zijn voor een al dan niet af doen stuiten van de ingestelde vordering. Men kan immers het belang van de schuldenaar bij een niet tot in lengte van jaren geconfronteerd kunnen worden met een vordering afwegen tegen het belang van de schuldeiser bij het kunnen vorderen van schade waarvan de oorzaak hem eerst later bekend

<sup>21</sup>HR 3 november 1995, RvdW 1995, 229. Zie hierover ook mijn bijdrage aan A&V 4 (1996), p. 15 v.

wordt. Er is geen bezwaar tegen om die afweging aan de hand van kwalitatieve argumenten in het nadeel van schuldeiser Van B. te doen uitvallen, maar dan toch niet met een enkele verwijzing naar de rechtszekerheid: dat is slechts een autoritaire dooddoener.

#### 4. AUTORITEIT EN KWALITEIT

Nu in grote lijnen duidelijk is hoe autoriteit en kwaliteit tegenover elkaar kunnen staan, is het zaak om de beide benaderingen nader te definiëren. Begonnen moet dan worden met te zeggen dat het strikt genomen niet geheel juist is om een autoritaire tegenover een kwalitatieve benadering te plaatsen: het gaat immers in wezen in beide visies om de autoriteit van een argument. De vraag is slechts *waarom* die autoriteit bestaat: omdat het argument zich dankzij een (institutionele) gezagsstructuur als waardevol aan ons opdringt of omdat het argument *op zichzelf* – geheel los van de context waarin het tot ons komt – al waarde heeft. In het laatste geval is het niet de politieke, sociale, religieuze of historische herkomst van het argument, maar de intellectuele waarde die op zichzelf aan het argument toekomt.<sup>22</sup> Vanuit een algemeen perspectief kunnen hieromtrent alvast twee dingen worden gemeld.

In de eerste plaats is er de vraag of het wel *mogelijk* is om autoriteit en kwaliteit (waarover ik voor het gemak toch blijf spreken) op deze wijze te scheiden. Eén der belangrijkste deelnemers aan het huidige juridisch-wetenschappelijk debat in Amerika, Stanley Fish, betwijfelt dit. Voor hem is 'intellectuele' autoriteit niet denkbaar zonder institutionele autoriteit omdat men slechts één manier kent om te bepalen of een argument kwalitatief juist is. De test daartoe verloopt namelijk juist via de institutionele structuren: het is doorgaans de sociale acceptatie van het argument die bepalend is.<sup>23</sup>

<sup>22</sup>Op het voetspoor van Collins, p. 151 v., kan men spreken van 'intellectual' of van 'persuasive authority'.

<sup>23</sup>Stanley Fish, *Fish v. Fish*, Stanford LR 36 (1984), p. 1342??

Dit werpt ons terug op de hoogst belangrijke vraag hoe te bepalen of een argument kwalitatief van waarde is. Posner, stelling nemend tegen Fish, stelt dat hier de 'test of time' belangrijk is: een argument dat honderden jaren lang als onbelangrijk is beschouwd, is waarschijnlijk ook niet van enig belang; omtrent een pas geuit argument is een zinnig oordeel veel moeilijker.<sup>24</sup>

Ik zou hier willen opmerken dat Posner in wezen eenzelfde opvatting is toegedaan als Fish. Ook hij meent dat uiteindelijk de aanvaarding van een argument binnen gezaghebbende structuren bepalend is voor de aanvaarding van dat argument; hij verschilt slechts met Fish wat de periode van beoordeling aangaat. Weliswaar meent Posner dat de waarheid en de publieke opinie omtrent een argument niet aan elkaar gelijk mogen worden gesteld, maar 'consensus is the only operational concept of truth that we have'. Ik geloof toch dat hiermee de kern van de zaak niet wordt geraakt. Die kan namelijk aldus worden weergegeven dat de vraag is of *buiten de bestaande structuren* om het ene argument als beter dan het andere kan worden gekwalificeerd.

Ik meen nu dat dit in het burgerlijk recht inderdaad mogelijk is. Omdat bij de rechtsvinding het bereiken van het beste resultaat voorop staat, mag ieder argument dat argumentatieve waarde heeft een rol spelen bij het vinden van dat resultaat. Daar de omstandigheden van het geval hierbij echter bepalend zijn, kan niet op voorhand enig argument worden uitgesloten van de discussie. Zelfs indien een argument honderden jaren niet gebruikt is, moet het toch wederom tevoorschijn kunnen komen indien de rechtsvinder meent dat dit voor de beslissing van het nieuwe geval noodzakelijk is.

Een opvatting als van Fish en Posner is dus gevaarlijk. Hun visie lijkt namelijk te impliceren dat het argument beter wordt om de enkele reden dat dit gedurende kortere of langere tijd wordt gebruikt. Dit houdt het risico in zich dat men door de

<sup>24</sup>Zie Posner, *The Problems of Jurisprudence*, o.c., p. 112: 'The longer a widespread belief persists (...) the likelier it is to be correct', want 'you can't fool all of the people all of the time'.

traditie in slaap wordt gesust en zich niet langer realiseert dat een andere uitkomst dan waartoe men steeds gekomen is, mogelijk en ook *beter* (voor een ander geval of voor een andere tijd) is. Steeds moet men op zoek blijven naar *de waarheid*. Collier haalt een citaat aan van Matthew Arnold:<sup>25</sup>

'That is what I call living by ideas: when one side of a question has long had your earnest support, when all your feelings are engaged, when you hear all round you no language but one, when your party talks this language like a steam-engine and can imagine no other, — still to be able to think, still to be irresistibly carried, if so it be, by the current of thought to the opposite side of the question...!'

En dat die te zoeken waarheid niet bestaat, is slechts een voordeel: hierdoor zijn we in staat om onze argumenten aan te passen indien dat nodig is en toch trouw te blijven aan wat uit de aard der zaak *een ideaal* blijft.

Het is dus *mogelijk* om autoriteit en kwaliteit te scheiden. De vraag of dit ook *gewenst* is, voert ons — dit in de tweede plaats — terug naar een vraag van een geheel andere orde. Het lijkt namelijk niet altijd even produktief om ieder mogelijk argument in het concrete geval opnieuw af te wegen tegen andere argumenten. Dit is overigens niet het geval om de enkele reden dat wetgever of rechter die afweging in abstracto al eerder maakten: de juistheid van de sprong van Scholten betekent immers dat het beste recht verkregen wordt indien de rechter in elk concreet geval *tegen de achtergrond van de feiten* opnieuw afweegt. Maar wel is de vraag of het steeds opnieuw weer wegen van de argumenten wel *efficiënt* is. Atiyah en Summers hebben gesproken van 'substantive' en 'formal reasoning'.<sup>26</sup>

Substantieel redeneren zou dan neerkomen op een volledig afwegen van de argumenten in het concrete geval, formeel redeneren betekent daarentegen dat enige formele reden wordt aangevoerd voor de gebondenheid. Indien een rechter de rechtmatigheid van een handeling moet beoordelen, kan hij

<sup>25</sup>Matthew Arnold, *The Function of Criticism at the Present Time* (1973), geciteerd bij Collier, o.c., p. 152.

<sup>26</sup>P.S. Atiyah en Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987.

een afweging maken van economische, politieke en andere argumenten die voor en tegen aansprakelijkheid pleiten. Vindt hij dat teveel moeite, dan kan hij een beslissing ook rechtstreeks op art. 6:162 BW gronden. Indien personen jonger dan 18 jaar handelingsonbekwaam zijn en door hen gesloten overeenkomsten daarom vernietigbaar zijn, dan bestaat die formele regel omdat het teveel tijd en moeite zou kosten in ieder afzonderlijk geval te bepalen of de ratio van de regel – bescherming van diegenen die hun belangen niet op juiste wijze kunnen afwegen – wel opgaat. Het substantiële gaat schuil achter de formele regel waarnaar ter legitimering wordt verwezen.

Denkbaar zou nu zijn om betekenis toe te kennen aan de staatsrechtelijk autoritair totstandgekomen regel omdat dit efficiënt is: voorkomen wordt dat een uitgebreid onderzoek naar de achterliggende argumenten nodig is. Deze redenering gaat echter alleen maar op indien de wetgever of de rechter *omdat deze wetgever of rechter is*, in staat is een goede formele reden te geven. Dit nu is niet per definitie het geval: tot het creëren van een regel voor een standardsituatie, waarop de formele regel in wezen neerkomt, is een met macht bekleed orgaan niet per se beter in staat dan een persoon die of een orgaan dat die macht ontbeert.

## 6. AFSLUITENDE OPMERKINGEN; WERKEN OF 'NETWERKEN'?

In het voorafgaande lag de nadruk op de activiteit van wetgever en rechter. Hun staatsrechtelijke autoriteit zou in beginsel geen rol mogen spelen bij de rechtsvinding doch plaats moeten maken voor een nadruk op het zoeken van de kwalitatief beste uitkomst. Maar ook in de rechtswetenschap zelf kan een onderscheid worden gemaakt tussen autoritair en kwalitatief redeneren. Collier zegt:<sup>27</sup>

'Nothing is more common than the declining bibliographical trajectory of the famous senior scholar who has become, in effect, spoiled by his own fame and whose later, more self-indulgent works pale in comparison with his earlier, more earnest efforts. (...) The eminent senior scholar is no longer forced to

<sup>27</sup>o.c., p. 181-182.

compete in the "marketplace of ideas"; his work is invited — in the proceedings of endless conferences, intimate "colloquia", published symposia, collections of essays (invariably edited by friends rather than enemies), special lectures, solicited book reviews, and the like — and his ideas are deemed important *just because* they are his ideas. He "walks" his articles down to his own prestigious law review, instead of submitting them on the open market. In short, the academy has become a "network".

Is dit wat men moet willen? Het komt mij voor dat weinig dodelijker is voor de kwaliteit en creativiteit van iemands artikelen dan de zekerheid dat deze automatisch worden geaccepteerd door willekeurig welk tijdschrift.<sup>28</sup> Het gaat tenslotte om *werken* en niet om wat tegenwoordig 'netwerken' schijnt te heten. Er is een groot belang bij betrokken dat alle wetenschappelijke produktie op één 'markt' terecht komt en dat die markt aan twee voorwaarden voldoet. In de eerste plaats mag daar niet worden gediscrimineerd tussen 'bekende' en 'onbekende' auteurs, tussen 'senior-onderzoekers' en 'junior-onderzoekers', tussen gepromoveerde en niet gepromoveerde juristen: bepalend mag slechts de kwaliteit van de bijdrage zijn. In de tweede plaats mag de markt slechts een schaars aantal tijdschriften kennen: voorwaarde voor kwaliteit is immers dat niet zomaar ieder tentatief stukje (zoals dit) kan verschijnen doch dat alleen de werkelijk belangrijke — iets aan het debat toevoegende — artikelen kunnen worden geplaatst. De huidige overvloedige hoeveelheid tijdschriften zou dan ook in het belang van de Nederlandse rechtswetenschap aanzienlijk moeten worden verminderd.

Zoals gezegd was de bedoeling van deze bijdrage slechts enige tentatieve en weinig gestructureerde beschouwingen te bieden omtrent een thema dat een uitgebreider behandeling ten volle verdient en waarop ik later elders zal terugkomen. De pretentie waarvoor de totstandkoming van de Wet der XII Tafelen symbool staat, namelijk die dat een genuanceerd geheel van regels plaats kan maken voor een minder uitgebreid doch zogenaamd efficiënter regelcomplex is in het privaatrecht gedoemd op de klippen te lopen nu daar de sprong van Scholten steeds weer ons uitgangspunt moet en —

<sup>28</sup>Zie ook Collier, o.c., p. 182-183.



dankzij de aanwezigheid van de civiele traditie — ook *kan* zijn. Niet de autoriteit maar de kwaliteit moet bepalend zijn: de *cases* van Mozart, Descartes en De Groot bewijzen het.